**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Competencia del Consejo de Estado – Negocios jurídicos de empresas de servicios públicos domiciliarios**

El problema jurídico que se planteó consistió en determinar si EPM tenía o no competencia para declarar la configuración del siniestro por incumplimiento en el contrato de suministro de tubería de cobre y para hacer exigible la póliza de seguro correspondiente. Se estableció que no procedía la anulación de las resoluciones acusadas, toda vez que, aunque EPM no tenía tal competencia a la luz de la Ley 142 de 1994, por el régimen del contrato, sí le asistía capacidad jurídica según las reglas del derecho privado, para efectos de afirmar la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la garantía de cumplimiento, por la vía de la reclamación, que se adelantó en este caso. Se reafirma la obligatoriedad de la póliza, en tanto que la Compañía Agrícola de Seguros le otorgó cobertura a las multas y a la cláusula penal, en forma ajustada a la ley del contrato de seguro. (…) El contrato (…), en cuyo seno se generaron los actos administrativos que fueron impugnados en este proceso, se celebró por Empresas Públicas de Medellín E.S.P., como contratante, empresa de naturaleza oficial, prestadora de servicios públicos domiciliarios. La Ley 1107 de 26 de diciembre de 2006, vigente para la época de presentación de la demanda, reformó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y reafirmó, como regla general, el criterio orgánico para asignar competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en todas las controversias surgidas en los contratos en que hiciera parte una entidad pública, con independencia del objeto del contrato o del régimen jurídico de la contratación. Lo anterior se dispuso sin perjuicio de establecer en el parágrafo del artículo 2º de la referida Ley 1107 la “vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”. Tratándose en este caso de una demanda entablada en vigencia del C.C.A., relacionada con las controversias surgidas en relación con los actos expedidos por una empresa oficial prestadora de servicios públicos domiciliarios, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente litigio.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Controversias contractuales – Cómputo del término**

De conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción en el presente caso corrió por el lapso de dos años, contados desde la ejecutoria de los actos acusados. En este proceso se allegó el edicto correspondiente a la Resolución 003174 de 29 de enero de 2007, con constancia que refiere la notificación a la compañía de seguros el 26 de febrero de 2007. Así las cosas, toda vez que la caducidad de la acción contractual respecto de los actos acusados ocurría por el transcurso de dos años, lapso que vencía el 27 de febrero de 2009, se concluye que la demanda se presentó mucho antes de que se hubiera configurado la caducidad, el 26 de junio de 2007. Así las cosas, se reitera que no operó la caducidad de la acción y, por ello, asiste a esta Corporación competencia para conocer de la acción correspondiente a la controversia contractual instaurada.

**CONTRATO DE SEGURO – Régimen legal aplicable – Cláusulas exorbitantes**

Descendiendo al caso concreto, se observa: i) que el contrato 090325402 no contempló cláusulas exorbitantes, por lo cual no se encontraba en el supuesto excepcional de la aplicación de las reglas de la Ley 80 de 1993 y ii) que la Resolución 002950 de 31 de octubre de 2006, sobre cuya legalidad se discute en este proceso no era de aquellas requeridas para el uso de espacio público o bienes requeridos para la prestación del servicio, en los términos de los artículos 32 y 33 de la Ley 142 de 1994. Así las cosas, es cierto que el contrato 090325402 de 2 de febrero de 2006 se rigió por el derecho privado y que ni ese texto contractual ni la Ley 142 de 1994 eran fuente de competencia sustantiva para expedir un acto administrativo mediante el cual se declarara la materialización del riesgo de incumplimiento y se dispusiera la efectividad de la póliza de seguro.

**NULIDAD OFICIOSA DEL PLIEGO DE CONDICIONES – No es procedente por cuanto no se vinculó al contratista encargado del suministro – Vulneración al debido proceso del contratista**

La Sala revocará la declaración oficiosa de nulidad de los incisos primero y segundo del numeral 4.12 del pliego de condiciones que se integró al contrato de suministro 090325402, por la sencilla razón de que a este proceso no fue vinculada la sociedad AYCO LTDA, parte contratista en el referido contrato. La sociedad AYCO LTDA no fue llamada al presente proceso y entabló una demanda separada, en la cual discutió la nulidad de los mismos actos y su propio restablecimiento del derecho. En la sentencia de primera instancia, el Tribunal a quo pasó por alto el carácter rogado de la jurisdicción, dado que ni la nulidad del contrato ni la de sus cláusulas eran materia del debate. Por otra parte, el Tribunal a quo desbordó la potestad excepcional que permite al juez declarar la nulidad oficiosa, incurriendo en la violación del debido proceso, dado que, para pronunciarse sobre la nulidad del contrato o de algunas de sus cláusulas, debió verificar que el litigio se hubiera adelantado con la vinculación de todas las entidades que hicieron parte del respectivo contrato. En otras palabras, el Tribunal a quo declaró de oficio la nulidad sin advertir que la sociedad contratista no había hecho parte del proceso y que, por tanto, con la decisión de nulidad se le vulneraba el derecho a la contradicción y el principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

**COBRO DE PÓLIZA DE SEGURO – No constituyó uso de facultades exorbitantes de las Empresas de Servicios Públicos – Indemnización**

La cláusula (…) del pliego de condiciones, incorporada al contrato, estableció un porcentaje concreto para la multa, el evento del descuento o compensación de los valores correspondientes a las penas y la posibilidad de acudir al cobro de la póliza o a la vía judicial. Como consecuencia, respecto de la disposición de hacer efectiva la póliza de seguro, materia de este litigio, no se configuró el pacto de objeto ilícito o ilegal que en forma errada se imputó por el Tribunal a quo, toda vez que esa cláusula se amparaba en el derecho común, dentro del cual era viable acordar el amparo de cumplimiento sobre el valor de las multas debidamente pactadas. (…) La Sala advierte que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, no es cierto lo afirmado por la compañía de seguros, en cuanto a que las multas estaban excluidas de la garantía, si se observa el contenido de la póliza y de los certificados expedidos por la aseguradora (…) la compañía de seguros extendió el certificado correspondiente y EPM lo aceptó. Además, no se encuentra la violación de normas jurídicas aplicables a la delimitación de los riesgos en el contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1056 del Código de Comercio, amén de que no fue alegado ese supuesto en los cargos expuestos en el sub lite. En el presente proceso se encuentra que el referido acuerdo de voluntades constituyó fuente de las obligaciones correspondientes, por cuanto la cobertura del seguro se desplegó frente a una cláusula específica de multas adoptada en el contrato amparado, teniendo en cuenta que ella se aplicó a un evento concreto de incumplimiento en la entrega de los pedidos, caso en el cual se puede concluir que el citado clausulado de la póliza de seguros no estaba prohibido por la ley, toda vez que se respetaron los principios del contrato de seguro en cuanto la garantía de cumplimiento se constituyó como una fuente de indemnización y no de enriquecimiento para EPM como beneficiaria.

**FACULTADES DEL JUEZ – Inexistencia de usurpación de facultades del juez – Cobro de sanción impuesta al contratista**

De conformidad con las consideraciones de la Resolución 003174, EPM rechazó los argumentos de AYCO LTDA sobre la imprevisión, advirtiendo que, para el mes de octubre de 2005, cuando abrió la convocatoria pública, era “conocida la variabilidad del precio del cobre y el corto plazo del contrato”. Agrego que, según lo previsto en el pliego de condiciones, la contratista debía estimar sus costos. Además, EPM consideró que tenía derecho a aplicar las multas en el caso de incumplimiento de acuerdo con los textos contractuales. Tal cláusula no puede ser entendida en el sentido de haber facilitado una usurpación de las facultades del juez, dado que, desde la perspectiva que otorga este plenario, EPM respetó las reglas de la reclamación de la póliza, allegando el acto de declaración del siniestro como uno de los soportes del incumplimiento para efecto de buscar el pago de la póliza, en ejercicio de su derecho contractual como entidad asegurada y beneficiaria que pudo afirmar el incumplimiento y lo debió acreditar, no con su propia declaración, sino con los soportes que lo demostraron, que no eran otros que los relacionados y considerados en el citado acto, tal como se allegaron y reafirmaron en el presente proceso.

**EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD – Configuración para no hacer efectiva póliza de seguro – Nulidad del acto administrativo que impone el cumplimiento de la póliza**

No se acreditó la circunstancia que se invocó para exonerar a la contratista del cumplimiento del contrato afianzado, de manera que la compañía aseguradora se encontró obligada al pago del siniestro. No desconoce la Sala que existe otro litigio en curso, iniciado por AYCO LTDA en contra de EPM, en el cual se ha declarado en primera instancia la nulidad de las mismas resoluciones demandadas en este proceso, que se examinarán de acuerdo con la demanda y el acervo probatorio allí presentado. Por ello, es importante hacer constar que la presente decisión se produce en el marco de las pretensiones de la compañía de seguros y la póliza de cumplimiento por ella otorgada. Respecto del otro proceso en curso, por no tratarse de un litigio entre las mismas partes, esta decisión no hace tránsito a cosa juzgada en relación con las pretensiones de AYCO LTDA en la demanda presentada por esa sociedad. (…) No habiendo causa para anular las resoluciones 002950 de 2006 y 003174 de 2007, en atención a las consideraciones expuestas en esta providencia y a las pruebas allegadas en este proceso, se revocará la sentencia de primera instancia. Por otra parte, se concluye que se materializó el riesgo amparado por la póliza (…) expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A. y que no proceden las exclusiones y pretensiones formuladas en la demanda. Finalmente, dado que no se accederá a la nulidad de los actos acusados, tampoco proceden las pretensiones sobre el restablecimiento del derecho en favor de la compañía de seguros ahora demandante

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2007-02466-01(54688)**

**Actor: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS SA**

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Temas**: GARANTÍAS CONTRACTUALES – PÓLIZA DE SEGUROS -Competencia para hacer exigible la garantía, en contratos que se rigen por el derecho privado / RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / se rigen por el derecho privado – de acuerdo con la Ley 142 de 1994, en la época de los hechos en este proceso, la empresa de servicios públicos debía seguir el procedimiento de reclamación del Código de Comercio, para efectos del cobro de la póliza – NO ACCEDE a las pretensiones.

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el 30 de septiembre de 2013, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal):

*“****PRIMERO****:* ***DECLARAR*** *de oficio la nulidad absoluta parcial de los incisos primero y segundo del numeral 4.12 del Pliego de Condiciones – Proceso de Contratación No. 0280231, aplicable al Contrato No. 090325402, en virtud de lo dispuesto en la cláusula sexta del mismo.*

*“****SEGUNDO****: Como consecuencia de lo anterior,* ***DECLARAR LA NULIDAD*** *de las* ***Resoluciones No. 002950 de octubre 31 de 2006****, por medio de la cual se declara el riesgo de incumplimiento y se hace efectiva la garantía y* ***No. 003174 de enero 29 de 2007****, que resuelve el recurso de reposición en contra de la anterior, ambas expedidas por la Gerente General de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.*

*“****TERCERO****: A título de restablecimiento del derecho* ***DECLARAR*** *que la* ***COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.*** *no está obligada a pagar a* ***EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.****,**ninguna suma de dinero en razón de los actos administrativos anulados y con cargo a la póliza de cumplimiento que amparaba el contrato No. 090325402.*

*“****CUARTO****: En caso de que la* ***COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.*** *hubiese pagado a* ***EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.****, suma alguna por concepto de la póliza de cumplimiento que amparaba el contrato No. 090325402,* ***ORDENAR*** *la devolución de ésta a la accionante, indexada en los términos descritos en la parte motiva de la presente providencia.*

*“****QUINTO****:* ***NEGAR*** *las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.*

*“****SEXTO****: Sin condena en costas.*

*“****SÉPTIMO****: En firme esta providencia archívese el expediente”[[1]](#footnote-1).*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 26 de junio de 2007, la Compañía Agrícola de Seguros S.A., en ejercicio de la acción contractual *“con pretensiones de nulidad”* consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (se transcribe literal incluso con errores)[[2]](#footnote-2):

*“****1.*** *Que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones, por infringir normas legales y por incompetencia de Empresas Públicas de Medellín, para declarar el incumplimiento del contrato y la afectación de la póliza.*

* *“Resolución 002950 de 31 de octubre de 2006, expedida por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, mediante la cual se declara el incumplimiento del Contrato 090325402 y se afecta la póliza.*
* *“Resolución 003179 de enero 29 de 2007, expedida por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, mediante la cual se confirma la Resolución 002950 de octubre 31 de 2006.*

*“****2.*** *Que se restablezca el derecho de la* ***COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.*** *en el sentido de que se declare que no está obligada a pagar a título de sanción o cláusula penal a las* ***EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.****, ninguna suma de dinero con cargo a la Póliza de Cumplimiento.*

*“****3.*** *Que en el evento de que, mientras se tramita el presente proceso,* ***LA COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A****. pague a* ***EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.****, alguna suma de dinero por concepto de multa o cláusula penal, se ordene a* ***EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.*** *restituir a la* ***COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.,*** *la suma pagada; indexada a la fecha de la sentencia, y, adicionalmente, se ordene reconocerle y pagarle el lucro cesante que dicha suma haya debido producir.*

*“****4.*** *Que se dé cumplimiento a la sentencia respectiva, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

*“****5.*** *Que se condene en costas y agencias en derecho a* ***EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN****”[[3]](#footnote-3).*

**2. Los hechos**

**Síntesis del caso**

EPM, empresa de servicios públicos domiciliarios, celebró el contrato 090325402 de 2 de febrero de 2006 con AYCO LTDA, el cual tuvo por objeto el suministro de tubería de cobre. Por su parte, la Compañía Agrícola de Seguros S.A. otorgó la póliza de cumplimiento correspondiente al mencionado contrato. Ante el incumplimiento parcial de AYCO LTDA, EPM impuso una multa y, luego, mediante Resolución de 31 de octubre de 2006, confirmada el 29 de enero de 2007, declaró la configuración del riesgo por incumplimiento y dispuso hacer efectiva la garantía por el valor de la multa y de la cláusula penal pactada.

EPM presentó la reclamación a la aseguradora, la compañía de seguros objetó dicha reclamación y presentó la demanda que originó el presente proceso, fundándose en que el contrato se rigió por el derecho privado y, por ello, EPM no tenía competencia para expedir el acto administrativo demandado.

En el escrito de demanda, la parte actora detalló los siguientes hechos:

**2.1.** La Compañía Agrícola de Seguros S.A., teniendo en cuenta que el contrato era de derecho privado, expidió inicialmente la póliza de cumplimiento a favor de particulares, distinguida con el número 6000000381801, con amparo de cumplimiento por valor de $354’934.276. En las condiciones del clausulado anexo a ese tipo de pólizas se excluyeron los amparos para el pago de sanciones pecuniarias y cláusula penal, así como los eventos de fuerza mayor y caso fortuito.

**2.2.** En la comunicación de mayo 5 de 2006, AYCO LTDA informó a EPM la imposibilidad de atender los pedidos tres y cuatro, debido a variaciones inesperadas y desproporcionadas del precio del cobre. AYCO LTDA logró entregar 1.200 metros de tubería de cobre, cumpliendo en forma parcial el tercer pedido.

**2.3.** El 28 de junio de 2006, AYCO LTDA ratificó la imposibilidad de continuar con el suministro y solicitó la revisión de precios del contrato.

**2.4**. Mediante comunicación de 4 de agosto de 2006, dirigida a AYCO LTDA, EPM le impuso una multa de $177’467.138,12, sin considerar –según la apreciación de la demandante- que el incumplimiento no era imputable a dicha contratista. De acuerdo con lo que estimó la compañía aseguradora, EPM se convirtió en el juez del contrato, usurpando una función jurisdiccional.

**2.5.** Mediante Resolución 002950 de 31 de octubre de 2006, EPM declaró la configuración del riesgo por incumplimiento y dispuso hacer efectiva la garantía de cumplimiento por la suma de $354’934.276, que correspondía al valor de la multa más el monto de la cláusula penal.

**2.6.** Mediante Resolución 003174 de 29 de enero de 2007, EPM resolvió el recurso de reposición que interpuso AYCO LTDA y confirmó la Resolución 002950 de 2006.

**2.7.** La demandante hizo notar que la multa no fue impuesta por acto administrativo, sino por un oficio suscrito por el jefe de la unidad de compras de EPM.

**2.8.** El 3 de mayo de 2007, EPM presentó reclamación ante la compañía de seguros para el pago correspondiente a la póliza.

**2.9.** La Compañía Agrícola de Seguros S.A. objetó la reclamación presentada por EPM, mediante comunicación de 29 de mayo de 2007.

**2.10.** De acuerdo con lo que concluyó la demandante, EPM no podía declarar la afectación de la póliza de seguro mediante acto administrativo, toda vez que se trataba de un contrato regido por el derecho privado.

**3. Concepto de violación**

La demandante invocó la violación de los artículos 1, 2, 29, 83, 121 y 123 de la Constitución Nacional; 3, 35, 36 y 56 del Código Contencioso Administrativo; 868, 968 y siguientes del Código de Comercio y la Ley 142 de 1994, esta última, en tanto que el contrato se rigió por el derecho privado y, por ello, afirmó que no se podían expedir los actos administrativos que declararan el riesgo por incumplimiento y la afectación de la póliza correspondiente.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda mediante auto de 12 de septiembre de 2007[[4]](#footnote-4).

**4.2.** Una vez recibida la contestación a la demanda, a través de auto de 2 de febrero de 2008 se decretó la práctica de pruebas[[5]](#footnote-5).

**4.3.** El 6 de febrero de 2008 se practicó la diligencia de exhibición de documentos en el Tribunal Administrativo de Antioquia, proceso 05-001-23-31-000-2007-02467-00, iniciado por ALYCO LTDA contra Empresas Públicas de Medellín[[6]](#footnote-6).

**4.4.** El 1º de abril de 2008, el despacho conductor del proceso practicó la prueba testimonial.

**4.5. Contestación de la demanda**

EPM aceptó como ciertos algunos hechos, pero negó los supuestos referidos al contenido de la garantía, respecto de lo cual hizo notar que, finalmente, sí se otorgó bajo el clausulado correspondiente a la póliza en favor de entidades estatales y que amparó, en forma expresa, el evento de incumplimiento, las multas y la cláusula penal.

Observó que AYCO LTDA no cumplió con los pedidos y que desde antes de la apertura del proceso de contratación se conocía la tendencia de alza de los precios del cobre, en la cual pretendió justificarse la referida contratista.

Por otra parte, EPM advirtió que era una entidad estatal y que le asistía el derecho a expedir los actos administrativos para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, por tratarse de una función administrativa.

**4.6. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, profirió sentencia el 30 de septiembre de 2013, mediante la cual declaró de oficio la nulidad de los incisos primero y segundo del numeral 4.12 del Pliego de Condiciones, referido a las *“deducciones en el caso del incumplimiento (multas)”* del contrato 09325402 y, como consecuencia, anuló las Resoluciones demandadas, mediante las cuales se declaró el siniestro y se hizo efectiva la garantía de cumplimiento.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en que las facultades de imponer multas y declarar el incumplimiento del contrato devienen del estatuto general de contratación – Ley 80 de 1993, Ley 446 de 1998 y Ley 1150 de 2007- y que en el caso sub júdice el contrato de suministro de cobre para gas natural, distinguido con el número 09325402, se rigió por el derecho privado.

**5. El recurso de apelación**

EPM, obrando como parte demandada, impugnó la sentencia de primera instancia mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2013, en el cual sustentó el recurso correspondiente[[7]](#footnote-7), dentro del término procesal previsto para el efecto.

Fundamentó su apelación en los siguientes argumentos:

**5.1.** Las Resoluciones que fueron objeto de la demanda *“no imponen multas (…) lo que de suyo implica dejar en evidencia el yerro en el sustento del fallo apelado (…)[[8]](#footnote-8)”*. No obstante, advirtió que la imposición de la cláusula de multas se fundó en la autonomía de la voluntad de las partes y constituyó un pacto obligatorio para ellas.

**5.2.** Por otra parte, indicó que EPM es una entidad pública, con la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en Ley 489 de 1998 y que, por tanto, en su actividad de la contratación para prestar servicios públicos domiciliarios desarrolla una función pública.

Como consecuencia, estimó que los actos administrativos que emite EPM en dicho ámbito contractual no son de derecho privado y que gozan del privilegio de lo previo para la consecución de los cometidos estatales.

Invocó el artículo 87 de la Ley 489 de 1998, en el cual se establece que las empresas industriales y comerciales del Estado *“gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso”.*

**5.3.** En relación con la nulidad de las cláusulas del pliego de condiciones, declarada por el Tribunal a quo, EPM puntualizó que el pliego de condiciones es un acto previo, de carácter general, que no fue objeto de la demanda en el presente litigio y agregó que para la fecha en que se presentó dicha demanda ya había operado la caducidad de la acción contra los actos precontractuales.

**5.4.** Observó que no existió incidencia entre las disposiciones del pliego de condiciones que fueron anuladas y el acto contractual que fue objeto de la demanda, dado que la exigibilidad de la garantía no se apoyó en el contenido del pliego de condiciones, sino en las cláusulas de la póliza de seguro.

**5.5.** Insistió en que las disposiciones anuladas, en su momento, fueron voluntariamente aceptadas por las partes del contrato y que a nadie es permitido desconocer la fuerza vinculante de sus propios actos.

**5.6.** En relación con la actividad aseguradora y la forma de reclamar el siniestro, explicó que en el clausulado de la póliza de seguro, aprobado bajo las reglas de la Superintendencia Financiera, se dispuso que el siniestro se entendería causado a través del acto administrativo de la entidad estatal contratante, en el que se declarara la ocurrencia del riesgo amparado.

Afirmó que EPM obró de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, al amparo de la cual se entiende que la Administración Pública goza de la prerrogativa para hacer efectiva la garantía, incluso, sin lugar a aplicar el procedimiento del Código de Comercio, acerca de la reclamación[[9]](#footnote-9).

**5.7.** Por otra parte, EPM observó que en la sentencia de primera instancia existió*“una aplicación indebida de las normas del precedente jurisprudencial que deben servir para la solución del conflicto sometido a consideración de la jurisdicción, pues, partiendo de la existencia de un régimen contractual distinto al establecido en la Ley 80 de 1993, no podían ser los criterios y los antecedentes jurisprudenciales que han servido para sostener la incompetencia de las entidades sometidas a dicho estatuto de contratación, a las que debía acudirse para soportar la decisión que se impugna por el recurso de apelación”[[10]](#footnote-10).*

**5.8.**Por último, EPM manifestó su rechazo a las decisiones relacionadas con el restablecimiento del derecho, dispuestas en la sentencia de primera instancia para el evento en que la compañía de seguros hubiera realizado pagos, toda vez que la demandante no allegó pruebas sobre esa circunstancia.

**6. Actuación en segunda instancia**

**6.1.** El 5 de febrero de 2014 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual resultó fallida[[11]](#footnote-11).

**6.2. Alegatos en segunda instancia**

**6.2.1.** EPM insistió en los argumentos presentados en el recurso de apelación. Puntualizó que la declaratoria del siniestro no configuró el ejercicio de una potestad excepcional, *“no pudiendo ser los argumentos de incompetencia utilizados para declarar la nulidad oficiosa del pacto contractual de multas”.* Agregó que *“la demostración de la configuración del siniestro se verifica mediante la expedición de un acto administrativo, como se presentó en el caso que nos ocupa”*[[12]](#footnote-12).

**6.2.2.** En la segunda instancia, la compañía aseguradora demandante guardó silencio.

**6.3.** El Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, dado que, en su criterio, EPM careció de competencia -desde el momento de la celebración del contrato- para pactar las disposiciones que fueron anuladas en el presente proceso. También estimó que esa entidad obró sin competencia para expedir los actos unilaterales que fueron anulados, dado que la relación contractual se rigió por el derecho privado.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado en materia de la controversia contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; **2)** oportunidad en el ejercicio de la acción; **3)** legitimación activa de la compañía de seguros; **4**) marco legal de la contratación sub júdice; **5)** competencia para declarar el siniestro y hacer exigible la garantía**; 6)** el caso concreto; **7)** conclusiones y **8)** costas.

En el caso concreto se analizarán: **6.1)** la improcedencia de la nulidad oficiosa, **6.2)** el pacto de multas en el contrato afianzado; **6.3**) la cobertura de la póliza de seguros; **6.4)** la ocurrencia del siniestro amparado; **6.5)** la reclamación; **6.6)** la decisión de revocar la sentencia de primera instancia.

**1. Jurisdicción y Competencia del Consejo de Estado en materia de la controversia contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**

**1.1. Jurisdicción competente**

El contrato 090325402 de febrero 2 de 2006, en cuyo seno se generaron los actos administrativos que fueron impugnados en este proceso, se celebró por Empresas Públicas de Medellín E.S.P., como contratante, empresa de naturaleza oficial, prestadora de servicios públicos domiciliarios[[13]](#footnote-13).

La Ley 1107 de 26 de diciembre de 2006, vigente para la época de presentación de la demanda[[14]](#footnote-14), reformó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y reafirmó, como regla general, el criterio orgánico para asignar competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en todas las controversias surgidas en los contratos en que hiciera parte una entidad pública, con independencia del objeto del contrato o del régimen jurídico de la contratación[[15]](#footnote-15).

Lo anterior se dispuso sin perjuicio de establecer en el parágrafo del artículo 2º de la referida Ley 1107 la “vigencia *en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”.*

Tratándose en este caso de una demanda entablada en vigencia del C.C.A., relacionada con las controversias surgidas en relación con los actos expedidos por una empresa oficial prestadora de servicios públicos domiciliarios, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente litigio.

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión de mayor valor[[16]](#footnote-16), considerada a la fecha de la presentación de la demanda, superó el monto equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($216’850.000)[[17]](#footnote-17), exigido de conformidad con la Ley 1450 de 2011[[18]](#footnote-18) para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

**2. Oportunidad en el ejercicio de la acción**

La Sala advierte que la acción impetrada fue la prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo[[19]](#footnote-19) y que la controversia planteada se refirió a la pretendida nulidad de los actos mediante los cuales se declaró la configuración del *“riesgo de incumplimiento”* y se resolvió “*hacer efectiva la garantía de cumplimiento 60000003818001”*[[20]](#footnote-20)*,* expedida para amparar la ocurrencia del riesgo de incumplimiento en el contrato de *“suministro de tubería de cobre para gas natural”* distinguido con el número 0928023 de 2 de febrero de 2006.

Como consecuencia, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción en el presente caso corrió por el lapso de dos años, contados desde la ejecutoria de los actos acusados.

En forma concreta, la no ocurrencia de la caducidad se verifica con fundamento en la aplicación del numeral 10 citado, el cual disponía:

“10*. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.*

En este proceso se allegó el edicto correspondiente a la Resolución 003174 de 29 de enero de 2007, con constancia que refiere la notificación a la compañía de seguros el 26 de febrero de 2007[[21]](#footnote-21).

Así las cosas, toda vez que la caducidad de la acción contractual respecto de los actos acusados ocurría por el transcurso de dos años, lapso que vencía el 27 de febrero de 2009, se concluye que la demanda se presentó mucho antes de que se hubiera configurado la caducidad, el 26 de junio de 2007.

Así las cosas, se reitera que no operó la caducidad de la acción y, por ello, asiste a esta Corporación competencia para conocer de la acción correspondiente a la controversia contractual instaurada.

**3. Legitimación activa**

A la luz del artículo 87 del C.C.A, teniendo en cuenta que la aseguradora garante es parte *del contrato de seguro*, en el cual la entidad estatal es beneficiaria de la póliza de cumplimiento correspondiente, se concluye que está legitimada por activa o por pasiva, según sea el caso, para obrar como demandante o demandada en los litigios en los que se discute el siniestro por incumplimiento de las obligaciones contractuales por ella garantizadas[[22]](#footnote-22).

De la misma forma, la compañía de seguros está legitimada por activa para demandar los actos administrativos mediante los cuales se declara la ocurrencia o la configuración del siniestro y aquellos en que se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento, toda vez que en esas decisiones la aseguradora garante es la directamente afectada, dado que puede ser compelida al pago del siniestro, con la fuerza obligatoria y la presunción de legalidad de tales actos administrativos.

Como consecuencia, en el asunto litigioso que ahora se debate debe aceptarse la legitimación activa de la Compañía Agrícola de Seguros S.A. para demandar las resoluciones mediante las cuales se resolvió declarar configurado el riesgo por incumplimiento y hacer efectiva la póliza de seguro expedida por esa demandante.

Se reafirma lo anterior, teniendo en cuenta que en los hechos de la demanda se narró, también, la reclamación presentada por EPM y las objeciones formalizadas por la aseguradora, asunto que sitúa el litigio en la relación jurídica entre la aseguradora demandante y la entidad pública demandada.

Por otra parte, la Sala advierte que es viable proceder al fallo, con independencia del proceso judicial iniciado de manera separada por la contratista, teniendo en cuenta que las pretensiones del presente litigio se refieren a los actos concernientes a la póliza de seguro y que no se solicitó la acumulación de los aludidos procesos.

**4. Marco legal de la contratación sub júdice**

Tal como lo reseñó la apelante, el Tribunal *a quo* no se detuvo en el régimen legal de derecho privado que invocó EPM con fundamento en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998[[23]](#footnote-23).

Sin embargo, para el caso concreto, la norma especial que rigió en el contrato sub júdice fue la Ley 142 de 1994, la cual dispuso el régimen de derecho privado como regla general de la contratación de las entidades de servicios públicos, salvo algunas excepciones como, por ejemplo, las normas jurídicas relativas al contrato de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente[[24]](#footnote-24).

En las siguientes disposiciones de la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, se invocó el régimen exceptuado de la Ley 80, para los contratos de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos, así:

*“Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,* ***salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.***

*“Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo”.*

*“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política* ***o esta Ley dispongan expresamente lo contrario,*** *la constitución, y* ***los actos de todas las empresas de servicios públicos,*** *así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas,* ***en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado****.*

*“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”* (la subraya y la negrilla no son del texto).

Por otra parte, el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 delimitó, en forma taxativa, los actos administrativos *“por la prestación de servicios públicos”* que podían expedirse para el uso del espacio público o la ocupación de bienes públicos o privados requeridos para la prestación del servicio, de acuerdo con la siguiente descripción:

*“Artículo 33. Facultades especiales por la prestación de servicios públicos. Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren* ***para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos****, y a la responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos” (*la negrilla no es del texto).

En relación con las anteriores disposiciones, debe resaltarse que la Corte Constitucional declaró su exequibilidad y, con ello, la constitucionalidad del régimen de derecho privado para la generalidad de los respectivos actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos[[25]](#footnote-25).

Por último, descendiendo al caso concreto, se observa: **i)** que el contrato 090325402 no contempló cláusulas exorbitantes, por lo cual no se encontraba en el supuesto excepcional de la aplicación de las reglas de la Ley 80 de 1993 y **ii)** que la Resolución 002950 de 31 de octubre de 2006, sobre cuya legalidad se discute en este proceso no era de aquellas requeridas para el uso de espacio público o bienes requeridos para la prestación del servicio, en los términos de los artículos 32 y 33 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, es cierto que el contrato 090325402 de 2 de febrero de 2006 se rigió por el derecho privado y que ni ese texto contractual ni la Ley 142 de 1994 eran fuente de competencia sustantiva para expedir un acto administrativo mediante el cual se declarara la materialización del riesgo de incumplimiento y se dispusiera la efectividad de la póliza de seguro.

Sin embargo, resulta pertinente analizar si el referido acto administrativo podía apoyarse en el artículo 68 del CCA, dado que EPM acreditó en este proceso que era una empresa industrial y comercial del estado, para la época de los hechos.

**5. Competencia para declarar el siniestro y hacer exigible la garantía, en contratos de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**

Lo primero que debe advertirse es que para la fecha en que se celebró el contrato de suministro y se otorgó la póliza de cumplimiento (febrero de 2006), la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado había establecido que el acto administrativo que ordenaba la efectividad de la póliza de cumplimiento no constituía una manifestación de exorbitancia y que para expedirlo le asistía competencia a las entidades públicas a quienes aplicaba el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, así:

**i)** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 18 de marzo de 2004, radicado 73001232100019970549501 (15936):

*“Por último, ha precisado la Sala, que el acto que expide la administración pública con el fin de hacer efectiva alguna de las garantías que prestó el contratista para amparar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no es en estricto sentido el ejercicio de una potestad exorbitante en la actividad contractual, como quiera que el acto es la forma que acredita el siniestro y de* [debe] *integrar con la póliza el título ejecutivo, en los términos del artículo 68 del C.C.A.”.*

**ii)** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier E. Hernández Enríquez, sentencia de 14 de abril de 2005, radicación: 0297, No. interno: 13.599, actor: INGESA Ingenieros Civiles y Arquitectos Asociados Ltda., demandado: Fondo Rotatorio Vial Distrital – FOSOP[[26]](#footnote-26):

*“Para la Sala estas dos normas* [numerales. 4 y 5 del artículo 68 C.C.A.] *se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo - aunque. no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que* ***el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.***

*“Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien* ***dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo;*** *y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas* ***estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.***

*“Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado,* ***resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiere declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública****.*

*“(…).*

*“****Así, puede considerarse que la Administración sí tiene una facultad especial consagrada en la ley, de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado****,* ***facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual*** *y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración3. Se aclara, entonces, que no es cierto lo expresado por el apelante, en el sentido de que el Tribunal consideró que las facultades exorbitantes de la Administración no son taxativas. Es evidente que las mismas -que, más que facultades exorbitantes,* ***son prerrogativas de poder público-, tienen tal carácter, sin perjuicio de que puedan encontrarse establecidas en normas diferentes a los artículos 60 y siguientes del Decreto 222 de 1983 o a los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993****”* (la negrilla no es del texto).

En segundo lugar, debe reconocerse que la tesis acerca de la competencia derivada del artículo 68 del CCA ha sido la más reiterada por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de sus Subsecciones[[27]](#footnote-27), incluso frente a entidades públicas que –por virtud de leyes especiales- contrataron bajo las reglas del derecho privado[[28]](#footnote-28).

No puede dejar de advertirse que, por otra parte, para el cobro de la cláusula penal y las multas *frente a los contratistas*, la jurisprudencia de la Sección Tercera, para la misma época de los hechos en este proceso, había observado el imperativo de acudir al juez del contrato en orden a hacer valer las referidas cláusulas, dado que en esa jurisprudencia se advirtió que la Ley 80 de 1993 no contempló la facultad de declarar el incumplimiento del contrato y por ende, en diversos casos, se anularon los actos administrativos que declararon el incumplimiento del contrato y ordenaron al contratista el pago de la cláusula penal o las multas[[29]](#footnote-29).

Con posterioridad a los hechos materia de este proceso, la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió un concepto frente al evento de cobro de la cláusula penal en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 en los que no existía la cláusula de caducidad. En ese concepto se razonó acerca de la operatividad de la póliza de seguros y de la obligatoriedad de presentar la reclamación para hacer efectiva la garantía, tratándose de la cláusula penal, en la siguiente forma (se transcribe literal):

*“- Ante todo, y a riesgo de ser superflua la advertencia, los términos sanción y pena, no son exclusivos del derecho sancionador, y en materia de contratos, no necesariamente hay que ser autoridad pública para poderlas exigir.*

*“(…).*

*“- Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las finalidades de servir de apremio o de garantía.*

*“- El pacto de las cláusulas penales facilita la exigibilidad del pago de los perjuicios causados, así como de la sanción convencional a manera de apremio o de garantía, pues al tenor del artículo 1599 del Código Civil ‘habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio’.*

*“Este brevísimo recuento le permite a la Sala llamar la atención sobre el hecho de que en el derecho privado las cláusulas penales cumplen las funciones de apremio, de garantía y de valoración de perjuicios de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citada que interpreta las reglas de los artículos 1592 al 1601 del Código Civil. Estas funciones las cumplían, al menos parcialmente, las derogadas disposiciones del decreto ley 222 de 1983 sobre multas y cláusula penal pecuniaria.*

*“(…)*

*“****b) La operatividad de las cláusulas penales en los contratos estatales que carecen de la cláusula de caducidad.***

*“(…).*

*“Para la Sala es claro que esta estipulación contractual carece de la fuerza necesaria para atribuirle una competencia o potestad administrativa a una entidad pública, no sólo porque la administración no es parte del contrato de seguro de cumplimiento, sino porque sólo la ley y los reglamentos que la desarrollen pueden asignar funciones públicas. Además sería inútil para la administración expedir unos actos administrativos para el cobro de las garantías que posteriormente serían anulados por la jurisdicción contencioso administrativa por falta de competencia.* ***Entonces, la única solución posible es la de aplicar en éste tema en su integridad las reglas del código de comercio, según las cuales es necesario presentar una reclamación ante las compañías de seguros****, quienes deberán proceder a pagar el siniestro o a objetarlo en forma motivada, recordando además que la póliza presta mérito ejecutivo por sí sola en los casos del artículo 1053 del código de comercio”[[30]](#footnote-30)* (la negrilla no es del texto).

De conformidad con el anterior recuento de la jurisprudencia y teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 142 de 1994, para la época de los hechos en este proceso, resulta pertinente observar que, como regla general, no existía competencia de las entidades prestadoras de servicios públicos para expedir actos administrativos mediante los cuales, de manera unilateral, se impusiera la efectividad de la póliza de seguros en los contratos que se regían por el derecho privado.

Se debe aceptar que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa.

Por tanto, en el análisis de los actos que se juzgan en este proceso no resulta viable identificar la competencia de la entidad contratante con fuente en el artículo 68 del CCA[[31]](#footnote-31) o en la Ley 489 de 1998 que invocó EPM[[32]](#footnote-32), en cuanto a la declaratoria del siniestro y el cobro de las pólizas de seguros mediante acto administrativo, por referirse al contrato de una empresa de servicios públicos domiciliarios sometido al régimen especial de la Ley 142 de 1994.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho común que gobernó el referido contrato de suministro, razonando sobre las disposiciones del Código de Comercio, también aplicables al contrato de seguro otorgado para amparar el cumplimiento contractual, se llega a concluir que existió capacidad jurídica de la entidad beneficiaria para hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento, caso en el cual debía proceder por la vía de la reclamación, en forma similar a lo que expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto[[33]](#footnote-33).

Se agrega que el objeto del contrato de seguro podía ser definido por la compañía de seguros dentro del concepto jurídico del riesgo asegurable, previsto en los términos del artículo 1054 del Código de Comercio[[34]](#footnote-34) y, de la misma forma, las facultades de la entidad beneficiaria de la póliza en el seno de ese contrato se podían ejercer de acuerdo con las normas de la reclamación del citado código[[35]](#footnote-35).

Examinando los supuestos del derecho privado se llega a distinguir que la configuración del riesgo por incumplimiento no puede *construirse* a través de un acto unilateral de la entidad asegurada, en tanto, a falta de disposición legal específica, el riesgo no puede depender de la voluntad unilateral de la entidad asegurada.

Sin embargo, en el derecho privado el riesgo materializado puede y debe evidenciarse por la beneficiaria de la póliza de seguros, para efectos del cobro de la misma, tal como sucedió en el caso sub lite, según se analizará más adelante.

**6. El caso concreto**

**6.1. Improcedencia de la nulidad oficiosa**

La Sala revocará la declaración oficiosa de nulidad de los incisos primero y segundo del numeral 4.12 del pliego de condiciones que se integró al contrato de suministro 090325402, por la sencilla razón de que a este proceso no fue vinculada la sociedad AYCO LTDA, parte contratista en el referido contrato.

La sociedad AYCO LTDA no fue llamada al presente proceso y entabló una demanda separada, en la cual discutió la nulidad de los mismos actos y su propio restablecimiento del derecho.

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal *a quo* pasó por alto el carácter rogado de la jurisdicción, dado que ni la nulidad del contrato ni la de sus cláusulas eran materia del debate.

Por otra parte, el Tribunal *a quo* desbordó la potestad excepcional que permite al juez declarar la nulidad oficiosa, incurriendo en la violación del debido proceso, dado que, para pronunciarse sobre la nulidad del contrato o de algunas de sus cláusulas, debió verificar que el litigio se hubiera adelantado con la vinculación de todas las entidades que hicieron parte del respectivo contrato.

En otras palabras, el Tribunal *a quo* declaró de oficio la nulidad sin advertir que la sociedad contratista no había hecho parte del proceso y que, por tanto, con la decisión de nulidad se le vulneraba el derecho a la contradicción y el principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

No sobra anotar que, para fundar la nulidad, el Tribunal Administrativo de Antioquia acudió a citar en extenso la sentencia T 720 de 2005 que se refirió a que las empresas de servicios públicos no pueden imponer unilateralmente multas a los usuarios del servicio público, en caso de fraude, supuesto de hecho diferente al del contrato de suministro requerido para la prestación del servicio público de gas natural que fue afianzado por la compañía de seguros ahora demandante.

También se observa que en la sentencia de primera instancia no resultaba procedente la invocación de la jurisprudencia relacionada con la facultad de pactar cláusulas exorbitantes de conformidad con la Ley 80 de 1993, toda vez que –se repite- el contrato de suministro referido en el *sub lite* se rigió por el derecho privado, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 y, por otra parte, no contempló ese tipo de cláusulas, a las cuales hizo referencia el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

**6.2. El pacto de multas en el contrato afianzado**

Es importante precisar, como lo advirtió EPM, que en la demanda no se pretendió la nulidad de un acto basado en la supuesta facultad para imponer unilateralmente multas a la contratista, toda vez que en este caso EPM no dispuso su cobro frente a la contratista sino que acudió a la aseguradora garante a través de la póliza de cumplimiento.

Por otra parte, el análisis de la cláusula de multas escapa al contenido del presente litigio, toda vez que la contratista no se encontró vinculada al mismo.

Para este proceso basta con observar que, según el contrato, además de la deducción del valor de las multas sobre las sumas adeudadas al contratista[[36]](#footnote-36), también estaba contemplada la posibilidad de hacerlas exigibles por virtud de la garantía o de cobrarlas por la vía judicial.

En efecto, la cláusula 4.12 del pliego de condiciones, que pasó a formar parte del contrato de suministro afianzado, dispuso, en lo pertinente (se transcribe de forma literal):

*“(…) el valor de las deducciones por incumplimientos (multas) se tomará directamente de cualquier suma que adeude al contratista, si la hay, o se hará efectiva la garantía de cumplimiento del contrato, si lo anterior no es posible, se cobrará por la vía judicial”[[37]](#footnote-37).*

Se agrega que la cláusula 4.12 del pliego de condiciones, incorporada al contrato, estableció un porcentaje concreto para la multa[[38]](#footnote-38), el evento del descuento o compensación de los valores correspondientes a las penas y la posibilidad de acudir al cobro de la póliza o a la vía judicial.

Como consecuencia, respecto de la disposición de hacer efectiva la póliza de seguro, materia de este litigio, no se configuró el pacto de objeto ilícito o ilegal que en forma errada se imputó por el Tribunal *a quo*, toda vez que esa cláusula se amparaba en el derecho común, dentro del cual era viable acordar el amparo de cumplimiento sobre el valor de las multas debidamente pactadas.

**6.3. La cobertura de la póliza de seguros**

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se establece que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. expidió inicialmente la póliza de cumplimiento a favor de particulares, pero, posteriormente, procedió a ajustar su contenido, mediante certificado expedido del 2 de febrero de 2006, en el que hizo constar que la póliza era de aquellas emitidas “*A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES”. P*or otra parte, la propia compañía de seguros dejó constancia del levantamiento de las exclusiones de responsabilidad, según se indicó en los certificados 2 - 0 de 2 de febrero de 2006 y 3 – 0 de 3 de marzo de 2006[[39]](#footnote-39).

Se agrega que, de conformidad con el documento contentivo del *“condicionamiento general de la garantía única de seguro cumplimiento en favor de entidades estatales”* emanado de la compañía Agrícola de Seguros S.A.[[40]](#footnote-40), el clausulado de la mencionada póliza amparaba en forma expresa las multas y la cláusula penal.

Por ello, la Sala advierte que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, no es cierto lo afirmado por la compañía de seguros, en cuanto a que las multas estaban excluidas de la garantía, si se observa el contenido de la póliza y de los certificados expedidos por la aseguradora.

En efecto, el documento contentivo del clausulado del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, aplicable en la póliza que se hizo exigible en los actos acusados en este proceso, acreditó la cobertura, así (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“1.3. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*

*“EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO.* ***ESTE AMPARO COMPRENDE EL PAGO DE LAS MULTAS Y EL VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAGA EFECTIVA****. EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL SERÁ CONSIDERADO COMO PARCIAL PERO DEFINITIVO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A LA ENTIDAD CONTRATANTE”* (la negrilla no es del texto).

Lo anterior constituyó una regla vinculante entre las partes del contrato de seguro de cumplimiento, toda vez que la compañía de seguros extendió el certificado correspondiente y EPM lo aceptó. Además, no se encuentra la violación de normas jurídicas aplicables a la delimitación de los riesgos en el contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1056 del Código de Comercio[[41]](#footnote-41), amén de que no fue alegado ese supuesto en los cargos expuestos en el sub lite.

En el presente proceso se encuentra que el referido acuerdo de voluntades constituyó fuente de las obligaciones correspondientes, por cuanto la cobertura del seguro se desplegó frente a una cláusula específica de multas adoptada en el contrato amparado, teniendo en cuenta que ella se aplicó a un evento concreto de incumplimiento en la entrega de los pedidos, caso en el cual se puede concluir que el citado clausulado de la póliza de seguros no estaba prohibido por la ley, toda vez que se respetaron los principios del contrato de seguro en cuanto la garantía de cumplimiento se constituyó como una fuente de indemnización y no de enriquecimiento para EPM como beneficiaria.

**6.4. La ocurrencia del siniestro amparado**

Obran en el expediente las comunicaciones mediante las cuales AYCO LTDA informó a EPM la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato*[[42]](#footnote-42)* y solicitó que *se “atenúe el rigorismo frente a la ejecución del contrato”[[43]](#footnote-43).*

De igual forma, se allegó al plenario la comunicación de octubre 4 de 2006, remitida por el jefe de la unidad de compras de EPM a la contratista, en la cual le manifestó que la situación de desequilibrio económico alegada por AYCO LTDA no fue plenamente justificada y, por ello, le indicó que quedaba *“en firme la deducción por incumplimiento”.*

Nótese que en esta comunicación se manifestó la procedencia de la deducción del valor de las multas por incumplimiento, empero, en los actos acusados se evidencia que no se presentó una declaratoria de incumplimiento ni el cobro directo de las multas contra los valores adeudados al contratista, dado que EPM primero informó a la compañías de seguros y, posteriormente, procedió a declarar la ocurrencia del riesgo y la efectividad de la póliza de seguro incluyendo el valor correspondiente a las multas y a la cláusula penal pactada.

En efecto, mediante laResolución 002950 de 31 de octubre de 2006, *“por medio de la cual se declara el riesgo de incumplimiento y se hace efectiva una garantía”*, se dispuso (se transcribe de forma literal):

*“CONSIDERANDO*

*“****8****. Que la firma AYCO LTDA otorgó la póliza 6000000381801 expedida por la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., con vigencia desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 3 de noviembre de 2006, que incluyó el pago de multas y la cláusula penal pecuniaria por un valor asegurado para el amparo de cumplimiento de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS ($354’934.276,00) PESOS.*

*“****9****. Que las Empresas avisaron a la compañía aseguradora mediante comunicaciones 131399 de agosto 4 de 2006 y 01322692 de 3 de octubre de 2006, sobre la renuencia del contratista para dar cumplimiento al objeto del contrato.*

*“(…)*

*“RESUELVE*

*“Artículo 1. Declarar que se configuró el riesgo de incumplimiento de obligaciones previstas en el contrato 090325402, celebrado entre las Empresas y la firma AYCO LTDA, debido al incumplimiento de las entregas correspondientes a los pedidos 3 (parcialmente) y 4 ordenados por la entidad.*

*“Artículo 2. Hacer efectiva la garantía de cumplimiento 6000000381801, expedida por la* ***COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.*** *por un valor de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS ($354’934.276,00) discriminados así: Valor de la multa: CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y OCHO CON 12/100 ($177’467.138,12) PESOS, Valor de la cláusula penal pecuniaria: CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y OCHO CON 12/100 ($177’467.138,12) PESOS”[[44]](#footnote-44).*

En la citada resolución se ordenó la notificación a la contratista -AYCO LTDA- y a la compañía de seguros. Obra en el expediente la comunicación 01329480 de noviembre 9 de 2001, mediante la cual EPM citó a la Compañía Agrícola de Seguros S.A. para efectos de la notificación, en los términos del artículo 44 de Decreto 01 de 1984 y el edicto fijado el 22 de noviembre de 2006[[45]](#footnote-45).

De la misma forma, se acreditó en el expediente la Resolución No. 003174 de enero 29 de 2007, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por AYCO LTDA contra la Resolución No. 002950, antes citada.

En la Resolución 003174, EPM resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución 002950 de 2006. Allí también dispuso la notificación a la contratista y a la compañía de seguros.

En los considerandos de la Resolución 003174 se presentó un recuento de las comunicaciones mediante las cuales AYCO LTDA manifestó la imposibilidad de cumplir con el contrato 090325402, aduciendo la variación de precios del cobre y las dificultades con su proveedor IUSA S.A. DE CV.

Igualmente se relacionaron los oficios 131399 de 4 de agosto de 2006 y 01322693 de 4 de octubre de 2006 suscritos por el Jefe de la Unidad de Compras de EPM[[46]](#footnote-46), en los que dio respuesta a AYCO LTDA, advirtiéndole que *“si el contratista consideraba padecer una situación de desequilibrio económico aún se echaba de menos una debida justificación de su incumplimiento y la presentación de una reclamación formal debidamente respaldada y cuantificada”* sobre la supuesta situación de desequilibrio económico alegada por AYCO LTDA[[47]](#footnote-47).

De conformidad con las consideraciones de la Resolución 003174, EPM rechazó los argumentos de AYCO LTDA sobre la imprevisión, advirtiendo que para el mes de octubre de 2005, cuando abrió la convocatoria pública, era *“conocida la variabilidad del precio del cobre y el corto plazo del contrato”*. Agrego que, según lo previsto en el pliego de condiciones, la contratista debía estimar sus costos. Además, EPM consideró que tenía derecho a aplicar las multas en el caso de incumplimiento de acuerdo con los textos contractuales.

Acerca de la actividad aseguradora y de la forma de reclamar el siniestro, es cierto – como lo expuso EPM- que en la respectiva póliza 6000000381801 se indicó que el siniestro se entendería *“causado”* a través del acto administrativo de la entidad estatal contratante en el que declarara la *“realización del riesgo amparado por causas imputables a la contratista”.*

Tal cláusula no puede ser entendida en el sentido de haber facilitado una usurpación de las facultades del juez, dado que, desde la perspectiva que otorga este plenario, EPM respetó las reglas de la reclamación de la póliza, allegando el acto de declaración del siniestro como uno de los soportes del incumplimiento para efecto de buscar el pago de la póliza, en ejercicio de su derecho contractual como entidad asegurada y beneficiaria que pudo afirmar el incumplimiento y lo debió acreditar, no con su propia declaración, sino con los soportes que lo demostraron, que no eran otros que los relacionados y considerados en el citado acto, tal como se allegaron y reafirmaron en el presente proceso.

**6.5. La reclamación de la póliza de cumplimiento**

**6.5.1.** Obra como prueba la comunicación 01358526 de mayo 3 de 2007, mediante la cual EPM presentó a la Compañía Agrícola de Seguros S.A. la *“solicitud de pago”* con respaldo en la póliza de cumplimiento 6000000381801, fundamentada en el contenido de la referida garantía y en las resoluciones 002950 y 003174, antes citadas[[48]](#footnote-48).

Finalmente, se observa que la compañía de seguros objetó la *“solicitud de pago”*, mediante escrito de 29 de mayo de 2007, y sostuvo que se trataba de una *“objeción seria y fundada a la solicitud de pago”*[[49]](#footnote-49).

**6.5.2.** Resultaútil precisar que los actos acusados en este proceso no contienen una declaración de incumplimiento del contrato 090325402 y que, en la presente *litis*, la compañía aseguradora no discutió sobre la ocurrencia o no del incumplimiento, sino que centró el debate en el contenido de la póliza y en el de sus exclusiones.

De hecho, está probado en este proceso que el incumplimiento del contrato 090325402 fue reconocido por AYCO LTDA, sociedad contratista, en las comunicaciones que dirigió a EPM, en mayo 5 y junio 28 de 2006, según se acredita en el acervo probatorio, sin perjuicio de que se observa igualmente que la contratista pretendió justificar la no entrega de los pedidos 3 (incumplimiento parcial) y 4 (incumplimiento total) con la ocurrencia de circunstancias imprevisibles, fundadas en la variación del precio del cobre y la negativa a efectuar despachos por parte de su proveedor, lo cual no fue aceptado por EPM.

Lo que indicó la compañía de seguros en los hechos de la demanda sobre el aspecto que ahora se desata fue que los actos mediante los cuales se declaró la existencia del siniestro y la exigibilidad de la póliza de cumplimiento eran ilegales, dado que excedían la garantía que la Compañía Agrícola de Seguros S.A. expidió, argumento que quedó desvirtuado con el material probatorio obrante en el plenario.

Por otra parte, la demandante invocó una supuesta exclusión de la póliza de seguro de cumplimiento, por tratarse de eventos de fuerza mayor o caso fortuito; sin embargo, esa compañía de seguros no logró demostrar las mencionadas exclusiones, según se explica a continuación.

De conformidad con lo acreditado en el plenario, el contrato afianzado se rigió por los precios fijos que hicieron parte de la oferta presentada por AYCO LTDA, bajo la cual se comprometió con EPM; no obstante, esa sociedad no cumplió con la entrega total de los pedidos, alegando la variación de los precios por parte de su proveedor.

En los puntos 2.1 y 2.2 del pliego de condiciones se dispuso la obligación, a cargo del oferente, de estimar los costos y la vigencia de los precios correspondientes, en la siguiente forma:

*“El OFERENTE deberá examinar cuidadosamente todos los documentos que se acompañen e informarse sobre todas las circunstancias que puedan influir, en alguna forma, sobre el contrato a ejecutar y sus costos.*

*“(…).*

*“2.2. PRECIOS DE LA OFERTA*

*“(…).*

*“El precio deberá ser firme durante la ejecución del contrato”[[50]](#footnote-50).*

**6.5.3.** Se precisa que la compañía de seguros no demostró en este proceso la ocurrencia de una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, puesto que las condiciones de negociación entre IUSA S.A. de C.V. y AYCO LTDA eran de cargo de la contratista y, según se infiere del pliego de condiciones, estaba bajo el riesgo de AYCO LTDA el cumplimiento de los pedidos, con independencia de que tuviera o no una negociación de precio firme con su proveedor durante el respectivo período contractual.

Como consecuencia, no se acreditó la circunstancia que se invocó para exonerar a la contratista del cumplimiento del contrato afianzado, de manera que la compañía aseguradora se encontró obligada al pago del siniestro.

**6.5.5.** No desconoce la Sala que existe otro litigio en curso, iniciado por AYCO LTDA en contra de EPM, en el cual se ha declarado en primera instancia la nulidad de las mismas resoluciones demandadas en este proceso, que se examinarán de acuerdo con la demanda y el acervo probatorio allí presentado.

Por ello, es importante hacer constar que la presente decisión se produce en el marco de las pretensiones de la compañía de seguros y la póliza de cumplimiento por ella otorgada. Respecto del otro proceso en curso[[51]](#footnote-51), por no tratarse de un litigio entre las mismas partes, esta decisión no hace tránsito a cosa juzgada en relación con las pretensiones de AYCO LTDA en la demanda presentada por esa sociedad.

**6.6. La decisión de revocar la sentencia de primera instancia**

No habiendo causa para anular las resoluciones 002950 de 2006 y 003174 de 2007, en atención a las consideraciones expuestas en esta providencia y a las pruebas allegadas en este proceso, se revocará la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, se concluye que se materializó el riesgo amparado por la póliza 600000381801 expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A. y que no proceden las exclusiones y pretensiones formuladas en la demanda.

Finalmente, dado que no se accederá a la nulidad de los actos acusados, tampoco proceden las pretensiones sobre el restablecimiento del derecho en favor de la compañía de seguros ahora demandante.

**7. Conclusiones**

El **problema jurídico** que se planteó consistió en determinar si EPM tenía o no competencia para declarar la configuración del siniestro por incumplimiento en el contrato de suministro de tubería de cobre y para hacer exigible la póliza de seguro correspondiente.

Se estableció que no procedía la anulación de las resoluciones acusadas, toda vez que aunque EPM no tenía tal competencia a la luz de la Ley 142 de 1994, por el régimen del contrato, sí le asistía capacidad jurídica según las reglas del derecho privado[[52]](#footnote-52), para efectos de afirmar la ocurrencia del siniestro y hacer exigible la garantía de cumplimiento, por la vía de la reclamación, que se adelantó en este caso.

Se reafirma la obligatoriedad de la póliza, en tanto que la Compañía Agrícola de Seguros le otorgó cobertura a las multas y a la cláusula penal, en forma ajustada a la ley del contrato de seguro[[53]](#footnote-53).

En el escenario del derecho comercial aplicable al contrato *sub lite*, se precisa que el riesgo asegurado no dependió de la voluntad de EPM y, por el contrario, se soportó en el hecho objetivo del incumplimiento de los pedidos que fue reconocido e informado por la propia sociedad contratista.

Se tiene en cuenta que la declaración del riesgo por incumplimiento correspondió a una constatación de los hechos que configuraban el evento de incumplimiento, es decir, que la afirmación de EPM acerca de la realización u ocurrencia del riesgo asegurado constituyó un acto ajustado a derecho, al tenor del artículo 1072 del C.Co[[54]](#footnote-54).

No se puede entender que con ese acto se ejercieron las competencias propias del juez del contrato frente a la compañía de seguros, como las que ahora se despliegan en este proceso, en tanto que la disputa sobre la exigibilidad de la póliza quedó deferida a la jurisdicción.

Por otra parte, se observó que EPM siguió el procedimiento de reclamación previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio, en cuanto a la demostración del siniestro y la cuantificación correspondiente, el cual dispone:

*“Artículo 1077. Carga de la Prueba. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

*“El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.*

Se añade que la compañía de seguros actuó en uso de su potestad para delimitar los riesgos que estaba dispuesta a cubrir frente a EPM, de acuerdo con el artículo 1056 del Código de Comercio[[55]](#footnote-55), el cual establece el marco de configuración del seguro, que no puede ahora desconocer.

Así las cosas, prospera el recurso de apelación y se decide revocar la sentencia de primera instancia y denegar las pretensiones de la demanda.

**8. Costas**

De acuerdo con las normas vigentes para el presente proceso, se tiene en cuenta que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, razón por la cual, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

##### F A L L A

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el 30 de septiembre de 2013 y en su lugar se niegan las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: SIN** condena en costas.

**TERCERO**: En firme esta providencia, devuélvase al Tribunal de Origen.

##### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARIA ADRIANA MARIN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folio 38, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. En adelante se podrá denominar EPM. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 2 y 3, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 391 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 391 y 392, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 435, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 538 a 553, cuaderno principal, segunda instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 539, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Citó la sentencia de 22 de abril de 2009, consejera ponente Myriam Guerrero de Escobar, Expediente 14467. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 352, cuaderno principal, segunda instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 357, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 377 y 378, cuaderno principal, segunda instancia. [↑](#footnote-ref-12)
13. La entidad demandada allegó copia del Acuerdo 69 expedido por el Concejo Municipal de Medellín el 23 de diciembre de 1997, mediante el cual se *“transforma el establecimiento público denominado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en una Empresa Industrial y Comercial del Estado”,* bajo el nombre de *EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P*.*,* cuyo objeto social es *“la prestación de servicios públicos domiciliarios”* (artículos 1 y 2).Folios 223 a 225, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. 26 de junio de 2007. [↑](#footnote-ref-14)
15. “***Artículo 1°.****El artículo*[*82*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6543#82)*del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

    *"Artículo 82.**Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

    *“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

    *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control* jurisdiccional". [↑](#footnote-ref-15)
16. La estimación razonada de la cuantía que presentó la demandante (folio 35, cuaderno 1), ascendió a $354’934.276. [↑](#footnote-ref-16)
17. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2007 ($433.700), toda vez que la demanda se presentó el 26 de junio de 2007 y el recurso de apelación se interpuso el 21 de octubre de 2013. La apelación se presentó habiendo entrado a regir la Ley 1450 de 2011 – 16 de junio de 2011- de conformidad con la cual se permitió la aplicación del artículo 57 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.) para las demandas presentadas antes del 2 de julio de 2012 *“con el propósito de evitar la congestión de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado”.* [↑](#footnote-ref-17)
18. De acuerdo con el escrito que obra en los folios 538 a 553, cuaderno principal de la segunda instancia, el recurso de apelación se interpuso el 21 de octubre de 2013. Por tanto, la apelación se presentó habiendo entrado a regir la Ley 1450 de 2011. [↑](#footnote-ref-18)
19. *“Artículo**87 C.C.A. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios* ***y que se hagan otras declaraciones y condenas****”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículos primero y segundo de la Resolución 2950 de 2006, folio 391, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 101, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Así se ha observado en diversas providencias, entre otras: **1.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 19 de noviembre de 2015, radicación: 05001233100020060257901 (43324) actor: Compañía Mundial de Seguros S.A., demandado: Empresas Públicas de Medellín; **2.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2017, radicación: 25000233600020130206301 (53861), actor: Seguros Colpatria S.A., demandado: Ministerio de Transporte, referencia: acción contractual (Ley 1437 de 2011). [↑](#footnote-ref-22)
23. *“Ley 489 de 1998. Artículo 85º.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta,* ***que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado,*** *salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:(…)”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-23)
24. Artículo 39 - numeral 39.1. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Constitucional, sentencia C-066/97, referencia: expediente D-1394, acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 24 (parcial), 27 (parcial), 30, 31, 32 (parcial), 35 (parcial), 37, 38 (parcial) y 39 (parcial) de la Ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

    *“4. REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS. (…). // En efecto, pretende la ley objeto de control* ***someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios****. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente,* ***el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario****, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas.*

    *“Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexequibilidad del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc.* ***Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios* *tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior****”* (la negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-25)
26. *En ese proceso se estudió la nulidad del acto que hizo exigible el amparo de estabilidad de obra. Se confirmó la sentencia de primera instancia y se denegaron las pretensiones.* [↑](#footnote-ref-26)
27. **1.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar, sentencia de 22 de abril de 2009, radicación: 190012331000199409004-01 (14667), actor: Seguros Generales Aurora S.A., demandado: departamento del Cauca, referencia: acción contractual. **2.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 23 de junio de 2010, radicación: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494), actor: Hernán Duarte Esguerra y otro, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, referencia: apelación sentencia contractual. **3.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 27 de marzo de 2014, radicación número: 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857), actor: Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., demandado: Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, referencia: contractual. **4.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 28 de enero de 2015, radicación: 25000232600020010244501 (29.431), actor: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A –CONFIANZA S.A.-, demandado: Ministerio de Transporte, proceso: acción contractual, asunto: recurso de apelación. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado,Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 11 de julio de 2012, radicación: 85001-23-31-000-2000-0032-01, expediente: 19.519, demandante: Seguros Tequendama S.A., demandado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, naturaleza: contratos (Resoluciones emanadas del IDEMA *en relación con un contrato celebrado con la Cooperativa de Trabajo Asociado Empresarial y Social del Meta).*  [↑](#footnote-ref-28)
29. **1.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, sentencia de 20 de octubre de 2005, radicación14579,actor: sociedad Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas Conic S.A. demandado: Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Capital de Bogotá – Fosop. **2**.Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 24 de marzo de 2011, radicación: 25000-23260001997-03662 (19446), actor: Sociedad Industrias Famoc Depanel S.A., demandado: Nación - Contraloría General de la República, referencia: contractual –apelación sentencia. [↑](#footnote-ref-29)
30. **Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Bogotá, D.C, mayo 25 de 2006, radicación: 1.748, número único: 11001-03-06-000-2006-00050-00. *“****El señor Ministro de Defensa Nacional, (…), consulta a la Sala sobre la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad al pacto de multas dentro de los contratos estatales, y sus efectos jurídicos”.* [↑](#footnote-ref-30)
31. *“Artículo 68 C.C.A.**Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:*

    *“4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.*

    *“5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”.* [↑](#footnote-ref-31)
32. “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Aunque el concepto no se solicitó para el supuesto de la Ley 142 de 1994, la Sala de Consulta y Servicio Civil examinó el asunto para el caso de los contratos en el que no existía la competencia para declarar el incumplimiento en los términos de la Ley 80 de 1993, antes de expedirse la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-33)
34. *“Artículo 1054 C.Co. Definición de Riesgo****.****Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.* [↑](#footnote-ref-34)
35. Salvo las disposiciones especiales, como ocurrió con el procedimiento previsto en la Ley 1150 de 2007, posterior a los hechos materia de este proceso.

    , [↑](#footnote-ref-35)
36. “*4.12. DEDUCCIONES POR INCUMPLIMIENTOS (MULTAS)”.*  [↑](#footnote-ref-36)
37. Cláusula 4.12, folio 72, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-37)
38. *“aplicar una deducción por una cantidad igual al cero coma cinco por ciento 0.5% del valor de la entrega atrasada, por cada día de mora*”. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 302 y 303 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folios 376 a 382, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-40)
41. *“Artículo 1056 C.Co. Asunción de Riesgos*. *Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que* estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 198, 201, 202 y 207, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folio 207, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folios 289 y 290, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 84 a 88, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-45)
46. Estos oficios obran en el expediente, folios 200, 201, 204 y 205, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folio 295, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folios 238 a 241, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folios 246 a 251, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 55, vuelto cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. De acuerdo con la información allegada al expediente, mediante sentencia de 26 de abril de 2012, en proceso radicado bajo el número 05001233100020070246700, demandante AYCO LTDA, demandado: Empresas Públicas de Medellín, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión, declaró la nulidad de las resoluciones 2950 de 2006 y 3174 de 2007. En la consulta de procesos ante esta Corporación figura el expediente radicado con el número 05001233100020070246701 (46.589) en trámite de segunda instancia, pendiente de fallo. [↑](#footnote-ref-51)
52. *Articulo 1502 c.c. Requisitos para obligarse. “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:*

    *“1o.) que sea legalmente capaz.*

    *“2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.*

    *“3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.*

    *“4o.) que tenga una causa lícita.*

    *“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”.* [↑](#footnote-ref-52)
53. *“Artículo 1054 C.Co. Definición de Riesgo****.****Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.* [↑](#footnote-ref-53)
54. *“Artículo 1072 C.Co. Definición de Siniestro****.****Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”.* [↑](#footnote-ref-54)
55. *“Artículo 1056 C.Co. Asunción de Riesgos****.****Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.* [↑](#footnote-ref-55)